

Audience publique du 21 mai 2008

=====

Recours introduit par
la société à responsabilité limitée **X. s.à.r.l.**, ...
contre une décision de l'administration communale de la Ville d'Esch-sur-Alzette
en matière de marchés publics

JUGEMENT

Vu la requête inscrite sous le numéro 23385 du rôle et déposée au greffe du tribunal administratif en date du 30 août 2007 par Maître Henri FRANK, avocat à la Cour, inscrit au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, au nom de la société à responsabilité limitée X. s.à.r.l., établie et ayant son siège social à L-..., inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B ..., représentée par son gérant actuellement en fonctions, tendant à l'annulation d'une décision attribuée au bourgmestre de la Ville d'Esch-sur-Alzette du 17 juillet 2007 écartant l'offre soumise par elle dans le cadre de la soumission publique concernant les travaux de gros œuvre à exécuter dans le cadre de la construction de la structure d'accueil Jean Jaurès à Esch-sur-Alzette ;

Vu l'exploit de l'huissier de justice Frank SCHAAL, demeurant à Luxembourg, du 3 septembre 2007, portant signification dudit recours à l'administration communale de la Ville d'Esch-sur-Alzette, représentée par son collègue des bourgmestre et échevins, établie à L-4138 Esch-sur-Alzette, Place de l'Hôtel de Ville ;

Vu les pièces versées en cause et notamment la décision attaquée ;

Le juge-rapporteur entendu en son rapport et Maître Romain LANCIA, en remplacement de Maître Henri FRANK, en sa plaidoirie.

Dans le cadre de la soumission publique relative aux travaux de gros œuvre à exécuter dans le cadre de la construction de la structure d'accueil Jean Jaurès à Esch-sur-Alzette, l'ouverture des soumissions ayant eu lieu le 16 février 2007, le collège des bourgmestre et échevins de la Ville d'Esch-sur-Alzette, dans sa séance du 9 juillet 2007, décida, à l'unanimité, d'écarter l'offre déposée par la société à responsabilité limitée X. s.à.r.l., ci-après dénommée « la société X. », soumissionnaire la moins disante, et d'adjuger le marché public à la société anonyme Y. d'Esch-sur-Alzette, soumissionnaire la seconde moins disante.

Par lettre recommandée du 17 juillet 2007, le bourgmestre de la Ville d'Esch-sur-Alzette s'adressa à la société X. pour l'informer de ce qui suit :

« Conformément à l'article 90 alinéa (3) du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 portant exécution de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics, j'ai le regret de vous informer que le collège des bourgmestre et échevins a décidé de ne pas prendre en considération votre offre relative au marché mentionné sous rubrique, votre offre ayant dû être écartée ; en effet l'attestation émise par le Centre Commun de la Sécurité Sociale n'est pas conforme, puisque d'après l'article 86 du règlement grand-ducal du 30 juin 2003 les délais de paiement ne sont pas prévus (...) ».

En sa séance du 11 septembre 2007, la commission des soumissions instituée auprès du ministère des Travaux publics émit l'avis suivant lequel l'offre de la société X. a été écartée à juste titre par la Ville d'Esch-sur-Alzette. Cet avis est libellé comme suit :

« Dans le cadre de la soumission reprise sous rubrique, l'Administration communale d'Esch-sur-Alzette a informé l'entreprise X. en date du 17 juillet 2007 que son offre serait écartée au motif que l'attestation émise le 9 mars 2007 par le Centre Commun de la Sécurité Sociale ne serait pas conforme aux dispositions de l'article 86 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 portant exécution de la loi modifiée du 30 juin 2003 sur les marchés publics.

En effet l'attestation précitée certifie que « l'employeur X. + Cie Sàrl Entreprise de construction nous reste redevable d'arriérés de cotisations pour le règlement desquels il bénéficie de délais de paiement ».

La Commission des Soumissions tient à rappeler d'abord les termes exacts de l'article 86 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 :

« Dans le cadre de l'examen prévu à l'article précédent, le pouvoir adjudicateur doit demander au soumissionnaire susceptible d'être déclaré adjudicataire et, le cas échéant, à ses sous-traitants, de lui soumettre dans un délai minimum de 15 jours des attestations établies par:

- 1) le Centre d'informatique, d'affiliation et de perception des cotisations commun aux institutions de sécurité sociale ;*
- 2) l'Administration des contributions directes ;*
- 3) l'Administration de l'enregistrement et des domaines,*

attestations dont il ressort qu'au cours du semestre précédant le semestre dans lequel se situe la date de l'ouverture de la soumission, le soumissionnaire s'est conformé aux obligations de déclaration, de paiement d'avances et de principal, à chaque terme. »

L'application de l'article 86 a fait l'objet de plusieurs réunions auxquelles participaient des représentants des administrations fiscales et parafiscales, de la

Chambre de Commerce, de la Chambre des Métiers, du Groupement des Entrepreneurs, de la Fédération des Entrepreneurs, du Ministère des Travaux Publics et de la Commission des Soumissions.

Enfin il a été décidé de commun accord d'accorder « un Certificat de non-obligation ... aux entreprises qui n'ont pas respecté leurs obligations de paiement au « terme légal » proprement dit, mais qui s'y sont conformées au plus tard à la date de demande du certificat. Même un avertissement envoyé en cas de retard de paiement n'aura pas pour conséquence la non-délivrance du certificat si l'entreprise s'est conformée par la suite, et au plus tard à la demande du certificat. »

Le certificat délivré par le Centre Commun de la Sécurité Sociale à l'entreprise X. indique clairement que l'entreprise reste redevable d'arriérés de cotisation.

En ce qui concerne le délai de paiement consenti, il y a lieu de rendre attentif que le Centre Commun accorde actuellement les délais de paiement dans le seul but d'éviter le recouvrement forcé des cotisations et ce à tout cotisant qui accuse un solde correspondant à 5 mensualités.

Etant donné que l'entreprise X. dispose ainsi d'une dette envers le Centre Commun de la Sécurité Sociale, un certificat de conformité à l'article 86 ne peut pas lui être délivré.

La Commission des Soumissions est donc d'avis que l'administration communale de la Ville d'Esch-sur-Alzette a écarté à juste titre l'offre de l'entreprise précitée ».

Par requête déposée le 30 août 2007, la société X. a fait introduire un recours tendant à l'annulation d'une décision du collège échevinal de la Ville d'Esch-sur-Alzette du 17 juillet 2007, énoncée comme émanant du bourgmestre de la commune d'Esch-sur-Alzette.

En ce qui concerne la recevabilité du recours, il y a lieu de rappeler que ni la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics ni une quelconque autre disposition légale ne prévoient la possibilité d'exercer un recours en réformation contre une décision de rejet d'une offre ou une décision d'adjudication, de sorte que seul un recours en annulation est possible contre la décision querellée.

Il convient encore de relever que contrairement au libellé de la requête introductive d'instance, la décision ayant écarté l'offre de la société X. n'a pas été prise par le bourgmestre de la Ville d'Esch-sur-Alzette, mais par le collège échevinal de la Ville d'Esch-sur-Alzette, la lettre précitée du bourgmestre du 17 juillet 2007, formellement déferée, ne faisant qu'informer la société X. de la décision du collège échevinal de la Ville d'Esch-sur-Alzette, tel que cela est confirmé par le libellé de ladite lettre du bourgmestre du 17 juillet 2007.

Or, la lettre par laquelle l'administration informe un soumissionnaire que son offre a été écartée ne contient pas d'élément décisionnel propre, mais ne constitue qu'une lettre d'information relativement à la décision prise. Ce constat reste cependant sans incidence préjudiciable quant à la recevabilité du recours, du moment que lors de l'introduction du recours, la décision d'écarter l'offre du soumissionnaire n'a pas reçu d'autre matérialisation que le courrier d'information et que le recours doit être considéré comme étant dirigé contre la décision de ne pas prendre en considération l'offre du soumissionnaire, telle qu'elle s'est matérialisée par le courrier d'information.

Il s'ensuit que le recours en annulation, par ailleurs introduit dans les formes et délai de la loi, est recevable.

Il convient encore de relever que bien que le recours ait été signifié à l'administration communale de la Ville d'Esch-sur-Alzette, cette dernière n'a pas fait déposer de mémoire en réponse en cause dans le délai légal. Nonobstant ce fait, l'affaire est néanmoins réputée et jugée contradictoirement, en vertu de l'article 6 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives.

A l'audience des plaidoiries, le mandataire de la société X. a encore sollicité le rejet des pièces déposées par la Ville d'Esch-sur-Alzette au greffe du tribunal administratif en date du 6 février 2008. Il n'y a cependant pas lieu de faire droit à cette demande, étant donné qu'en déposant ces pièces, l'administration communale de la Ville d'Esch-sur-Alzette n'a fait que se conformer, quoique tardivement, à son obligation de déposer le dossier administratif, telle que prescrite par l'article 8 (5) de la loi précitée du 21 juin 1999.

A l'appui de son recours, la société X. estime que ce serait à tort que l'administration communale de la Ville d'Esch-sur-Alzette a écarté son offre. Elle reproche ainsi à la Ville d'Esch-sur-Alzette d'avoir fait une mauvaise application de la loi en ce qu'elle aurait mal interprété l'article 86 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 portant exécution de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics. A cet égard, elle soutient que cette disposition ne serait pas à interpréter dans le sens qu'une entreprise qui reste encore redevable de cotisations envers le Centre commun de la Sécurité sociale, serait à écarter d'office d'un marché public. Elle estime au contraire que cette disposition signifierait simplement que le soumissionnaire s'est conformé aux obligations de déclaration, de paiement d'avances et de principal à chaque terme. En effet, d'après la société demanderesse, le fait que le Centre commun de la Sécurité sociale accorde des délais de paiement à un soumissionnaire signifierait que celui-ci s'est conformé aux obligations de déclaration, de paiement d'avances et de principal conformément à l'article 86 du règlement grand-ducal précité du 7 juillet 2003. Admettre le contraire reviendrait à vider l'octroi de délais de paiement de toute signification. Elle estime en outre qu'en accordant des délais de paiement, le Centre commun de la Sécurité sociale ne violerait pas le principe de l'égalité des soumissionnaires, mais qu'il entendrait permettre à une entreprise de se sortir de difficultés financières momentanées.

Le tribunal administratif, saisi d'un recours en annulation, a le droit et l'obligation d'examiner l'existence et l'exactitude des faits matériels qui sont à la base de la décision attaquée, de vérifier si les motifs dûment établis sont de nature à motiver légalement la décision attaquée et de contrôler si cette décision n'est pas entachée de nullité pour incompétence, excès ou détournement de pouvoir, ou pour violation de la loi ou des formes destinées à protéger des intérêts privés.

L'article 86 du règlement grand-ducal précité du 7 juillet 2003, et non pas du règlement grand-ducal du 30 juin 2003, tel qu'indiqué erronément par le bourgmestre dans la lettre précitée du 17 juillet 2007, dispose que « *dans le cadre de l'examen prévu à l'article précédent, le pouvoir adjudicateur doit demander au soumissionnaire susceptible d'être déclaré adjudicataire et, le cas échéant, à ses sous-traitants, de lui soumettre dans un délai minimum de 15 jours des attestations établies par:*

- 1) le Centre d'informatique, d'affiliation et de perception des cotisations commun aux institutions de sécurité sociale;*
- 2) l'Administration des contributions directes;*
- 3) l'Administration de l'enregistrement et des domaines,*

attestations dont il ressort qu'au cours du semestre précédant le semestre dans lequel se situe la date de l'ouverture de la soumission, le soumissionnaire s'est conformé aux obligations de déclaration, de paiement d'avances et de principal, à chaque terme ».

Par ailleurs, il échet de relever qu'en vertu de l'article 85 du même règlement grand-ducal, auquel renvoie l'article 86 précité, « *le choix de l'adjudicataire ne peut se porter que sur des soumissionnaires qui se trouvent dans les conditions visées à l'article 2 [c'est-à-dire qui remplissent les conditions légales pour s'occuper professionnellement de l'exécution des travaux qui font l'objet du contrat] et dont la compétence, l'expérience et les capacités techniques et financières, la situation fiscale et parafiscale, les moyens d'organisation en outillage, matériel et personnel qualifié, le degré d'occupation ainsi que la probité commerciale offrent les garanties pour une bonne exécution des prestations dans les délais prévus. En cas d'entreprise générale, les conditions précitées devront également être remplies par les sous-traitants ».*

En l'espèce, il ressort d'un certificat du Centre commun de la Sécurité sociale du 9 mars 2007 que « *l'employeur X. SARL ENTREPRISE DE CONSTRUCTION reste redevable d'arriérés de cotisations pour le règlement desquels il bénéficie de délais de paiement* », étant relevé par ailleurs que la partie demanderesse ne conteste pas qu'elle doit encore des arriérés de cotisations au Centre commun.

Force est de constater que l'article 86 du règlement grand-ducal précité du 7 juillet 2003 prévoit que le pouvoir adjudicateur, dans le cadre de l'examen prévu à l'article 85 précité, doit demander au soumissionnaire susceptible d'être déclaré adjudicataire de lui soumettre une attestation notamment du Centre commun de la Sécurité sociale dont il ressort qu'au cours du semestre précédant le semestre dans lequel

se situe la date de l'ouverture de la soumission, le soumissionnaire s'est conformé aux obligations de déclaration et de paiement d'avances et de principal à chaque terme.

Cette disposition est à mettre en rapport avec l'article 85 précité qui autorise le pouvoir adjudicateur à écarter un soumissionnaire dont notamment les capacités financières n'offrent pas les garanties pour une bonne exécution des prestations dans les délais prévus.

Or, au vu du certificat établi par le Centre commun de la Sécurité sociale versé en cause par la partie demanderesse, il convient de retenir que contrairement à ce qui est soutenu par la société X., celle-ci ne s'est manifestement pas conformée à son obligation de paiement, étant donné qu'elle reste redevable d'arriérés de cotisations pour le règlement desquels elle bénéficie de délais de paiement.

Dans ce contexte, le tribunal ne saurait partager le raisonnement de la société X. consistant à soutenir que le fait que le Centre commun de la Sécurité sociale lui a accordé des délais de paiement signifierait qu'elle se serait conformée aux obligations de déclaration, de paiement d'avances et de principal à chaque terme conformément à l'article 86 du règlement grand-ducal précité, étant donné que le fait même de lui accorder des délais de paiement signifie justement qu'elle n'a pas respecté le terme prévu pour le paiement des cotisations.

C'est partant à bon droit que le collège échevinal de la Ville d'Esch-sur-Alzette a pu écarter l'offre de la société X. sur base du seul constat que le certificat établi par le Centre commun de la Sécurité sociale ne correspond pas aux termes prévus par l'article 86 du règlement grand-ducal précité du 7 juillet 2003.

Cette conclusion ne saurait être énervée par l'argumentation de la société X. consistant à soutenir qu'une entreprise bénéficiant de délais de paiement de la part du Centre commun de la Sécurité sociale ne pourrait pas participer à une soumission publique ce qui reviendrait à la condamner à la faillite. En effet, c'est justement dans le but d'éviter que des sociétés, qui ne disposent pas des capacités financières nécessaires pour mener le marché public à terme, participent à une soumission publique que l'article 86 prévoient que le soumissionnaire doit verser un certificat de non-obligation. Or, le fait pour une société de bénéficier de délais de paiement pour le règlement d'arriérés de cotisations ne permet pas de rapporter la preuve de sa capacité financière.

Sur base des considérations qui précèdent, le recours laisse d'être fondé et la société demanderesse doit partant en être déboutée.

Par ces motifs,

le tribunal administratif, deuxième chambre, statuant à l'égard de toutes les parties ;

reçoit le recours en annulation en la forme ;

au fond, le dit non fondé et en déboute ;
condamne la société demanderesse aux frais.

Ainsi jugé par:

Carlo Schockweiler, premier vice-président,
Martine Gillardin, premier juge,
Françoise Eberhard, juge,

et lu à l'audience publique du 21 mai 2008 par le premier vice-président, en présence du greffier Claude Legille.

s. Legille

s. Schockweiler